

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Witwassen en hawala-bankieren)

Borgers, M.J.

2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2015). *Case note: Hoge Raad (Witwassen en hawala-bankieren)*, No. 324, No. ECLI:NL:HR:2014:3046, Oct 28, 2014. (Nederlandse jurisprudentie).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Annotatie NJ 2015, 324 (witwassen en hawala-bankieren)

HR 28 oktober 2014, nr. 13/02041

M.J. Borgers

1. Ondergronds bankieren – ook wel hawala-bankieren genoemd – roept vaak de associatie op met schimmige geldtransacties in de criminele onderwereld. Nu heeft ondergronds bankieren inderdaad soms van alles van doen met misdaadgeld, maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval. In de kern gaat het bij ondergronds bankieren om zogeheten *informal value transfer systems*, dat wil zeggen systemen waarin geldbedragen of andere waarde-objecten worden verplaatst – veelal op niet-fysieke wijze – van de ene naar de andere plaats door een persoon of een organisatie die niet heeft te gelden als bank of financiële instelling (aldus een vaak aangehaalde definitie van Passas, zie onder andere *Informal Value Transfer Systems and Criminal Organisations*, Den Haag: WODC 1999). Het ‘ondergrondse’ betreft het verlenen van financiële diensten buiten het formele, door de overheid afgebakende en gereguleerde financiële stelsel. Het zich onttrekken aan het overheidstoezicht levert een strafbaar feit op, namelijk het economische delict van het (opzettelijk) uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener zonder over de daartoe benodigde vergunning te beschikken (artikel 2:3a Wft juncto artikel 1, sub 2, WED). Echter, niet gezegd is dat elke transactie die door een ondergrondse bankier wordt verricht ook betrekking heeft op crimineel geld. Het kan even goed gaan om volstrekt legaal verkregen geld dat bijvoorbeeld een migrant wil doen toekomen aan familie in een regio waar het ‘normale’ bancaire stelsel niet of slecht functioneert. Bepaalde kenmerken van het ondergrondse bankieren, zoals het (structureel) niet controleren en vastleggen van de identiteit van de klant, maken deze vorm van financiële dienstverlening evenwel (ook) aantrekkelijk voor personen die over crimineel geld beschikken. Dat in de strijd tegen het witwassen van misdaadgeld aandacht uitgaat naar ondergrondse bankiers, wekt dan ook geen verbazing. Het is niettemin zaak dat de vervolging van die bankiers op een passende grondslag geschiedt. Het hierboven afgedrukte arrest laat namelijk zien dat ondergronds bankieren niet per definitie gelijkstaat met witwassen (in de zin van artikel 420bis-quater Sr). Zie voor meer achtergrondinformatie omtrent ondergronds bankieren onder andere Van de Bunt & Siegel (red.), *Ondergronds bankieren in Nederland*, Den Haag: BJU 2009 en Kruisbergen e.a., *Georganiseerde criminaliteit in Nederland (vierde rapportage)*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 195-204. Ik wijs ook op het artikel van wijlen Sarah van Walsum, ‘Migranten, banken en veiligheid in tijden van globalisering’, *Tijdschrift over Cultuur en Criminaliteit* 2013, p. 32-46, waarin zij specifiek aandacht heeft gevraagd voor de kwetsbare positie van migranten zonder verblijfspapieren bij de regulering van ondergronds bankieren.

2. In het hierboven afgedrukte arrest – zie ook HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3044 en HR 25 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3380 – gaat het in de kern om de vraag of het enkele feit dat iemand de beschikking heeft gekregen over gelden in het kader van ondergronds bankieren, reeds witwassen oplevert, ongeacht uit welke bron die gelden afkomstig zijn. Het gerechtshof beantwoordt die vraag positief. De verdachte heeft, tezamen met de medeverdachten, opzettelijk zonder vergunning het bedrijf van betaaldienstverlener uitgeoefend, zodat er sprake is van een (economisch) misdrijf. De geïden-

tificeerde gelden zijn daarmee, aldus het gerechtshof, van (enig) misdrijf afkomstig, zodat het verwerven, voorhanden hebben en/of overdragen daarvan witwassen oplevert. De Hoge Raad haalt een streep door die redenering, omdat naar zijn oordeel eerst van witwassen kan worden gesproken wanneer de vermogensbestanddelen afkomstig zijn van een misdrijf gepleegd *voorafgaand* aan het verwerven et cetera. De Hoge Raad wijst erop dat de bewezenverklaring toegesneden is op de gelden die de verdachte beschikbaar had in het kader van het verrichten van de financiële diensten en niet om de opbrengsten of verdiensten van die dienstverlening. Dergelijke wederprestaties kunnen, zo ligt in deze toevoeging van de Hoge Raad besloten, wel worden gezien als afkomstig uit het opzettelijk zonder vergunning uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener.

De argumentatie van de Hoge Raad is eenvoudig en helder, maar wordt met nog meer scherpte gepresenteerd door A-G Bleichrodt (zie onderdeel 22 van zijn conclusie). Hij wijst erop dat wanneer iemand in het kader van zijn activiteiten als informele financieel dienstverlener handelingen verricht ten aanzien van gelden, weliswaar kan worden gezegd dat die gelden *voorwerp* zijn van het misdrijf van het opzettelijk zonder vergunning uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener, maar dat is iets anders dan dat de gelden uit dat misdrijf afkomstig zouden zijn. Dat ‘afkomstig zijn uit’ houdt méér in dan ‘iets te maken hebben met’ of ‘in verband staan met’. Het gaat – aldus Bleichrodt – om de ‘chronologie en causaliteit tussen het misdrijf en hetgeen afkomstig is uit het misdrijf’. Wanneer een ondergrondse bankier gelden in ontvangst neemt teneinde deze naar een andere persoon door te geleiden, krijgt die bankier wel (tijdelijk) gelden tot zijn beschikking en begaat hij ook een economisch misdrijf, maar die gelden zijn niet voortgekomen uit dat misdrijf.

Nu zou men met enige goede wil hier nog wel een temporeel verband kunnen zien: de bankier biedt bepaalde diensten aan en neemt in dat kader geld in ontvangst. Op dat moment begaat hij een economisch misdrijf en heeft hij het geld voorhanden. Daarna beschikt de ondergrondse bankier nog kortere of langere tijd over de gelden en doet hij het nodige daarmee. Kan men dat beschikken en handelen dan nog wel los zien van het opzettelijk zonder vergunning uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener? Zonder het uitoefenen van dat bedrijf zouden er toch geen gelden zijn binnengekomen en zou het stellen van handelingen ten aanzien van die gelden ook niet hebben kunnen plaatsvinden? In zoverre zijn de gelden dan toch voortgekomen uit de uitoefening van het bedrijf van betaaldienstverlener? Het punt is hier dat een temporeel verband nog geen causaal verband is. Het gaat er in gevallen zoals het onderhavige om dat de gelden waarover de ondergrondse bankier de beschikking krijgt, reeds een illegale herkomst hebben, niet dat het verkrijgen van de beschikkingsmacht over de gelden en het verder beschikken daarover op zichzelf in strijd is met het recht. Het redeneerschema moet zijn: er vindt een misdrijf (het gronddelict) plaats, daardoor komt iemand over een bepaald voorwerp te beschikken en ten aanzien van dat voorwerp worden (door diezelfde persoon of door anderen) vervolgens de handelingen als genoemd in artikel 420bis-quater Sr gesteld. Anders en in de woorden van Bleichrodt gezegd: ‘eerst het misdrijf, dan het geld’ en niet ‘eerst het geld, dan het misdrijf’.

3. Bleichrodt vindt voor deze argumentatie steun in de wetsgeschiedenis. Het komt mij voor dat de door hem besproken passages die steun eigenlijk niet bieden, omdat in de wetsgeschiedenis het bestanddeel ‘afkomstig (...) uit enig misdrijf’ vanuit andere invalshoeken wordt besproken (alleen misdrijven – en niet overtredingen – gelden als gronddelict; ook indirect opbrengsten zijn afkomstig uit misdrijf) dan in de onderhavige kwestie aan de orde is. Eigenlijk helpt de wetsgeschiedenis ons hier niet vooruit. Problema-

tisch is dat niet, zeker niet nu een meer substantiële reden dan een wetshistorisch argument kan worden genoemd ten gunste van de uitkomst die in het hier besproken arrest wordt bereikt. A-G Bleichrodt wijst erop – zie onderdeel 20 van zijn conclusie – dat één van de functies van de strafbaarstelling van witwassen is dat de ontneming van de opbrengsten van witwassen wordt vergemakkelijkt. Het is inderdaad mede daarom dat eerst van witwassen kan worden gesproken indien er sprake is van een misdrijf waaruit een vermogensbestanddeel voortvloeit en vervolgens enigerlei handeling wordt gesteld ten aanzien van dat vermogensbestanddeel. Maar er komt nog iets bij. Want de strafbaarstelling van witwassen mag ruim zijn, deze is niet onbegrensd. In de rechtspraak van de Hoge Raad is, met de zogeheten kwalificatie-uitsluitingsgrond, aanvaard dat het verwerven of voorhanden hebben van een uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp alleen kan worden gekwalificeerd als witwassen indien er sprake is van een gedraging die meer omvat dan het enkele verwerven of voorhanden hebben en die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft (zie onder andere HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX6910, NJ 2013/266 m.nt. M.J. Borgers; ook ten aanzien van andere delictsgedragingen geldt onder omstandigheden deze kwalificatieregeling, zie HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:702, NJ 2014/302 m.nt. N. Keijzer en HR 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:714, NJ 2014/303 m.nt. N. Keijzer). Anders gezegd: voor witwassen is (iets) méér nodig dan het enkele begaan van het gronddelict. Aldus wordt duidelijk waar de pijn zit in de redenering van het gerechtshof in de hier besproken zaak. Wanneer men zou aanvaarden dat gelden die een persoon tot zijn beschikking heeft in het kader van informele financiële dienstverlening, afkomstig zijn uit het economische misdrijf van het opzettelijk zonder vergunning uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener, zou het gevolg zijn dat met het plegen van dit economische misdrijf er *tegelijkertijd* sprake is van witwassen. Dat zou dan een automatische verdubbeling van strafbaarheid opleveren en dat moet worden voorkomen (vgl. overweging 2.3.2 in NJ 2013/266). Voor de goede orde: ik betoog niet dat in de situatie van de ondergrondse bankier de kwalificatie-uitsluitingsgrond aan de orde is; het draait om de uitleg van het bestanddeel ‘afkomstig (...) uit enig misdrijf’. Het gaat erom dat de gedachte die aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond ten grondslag ligt, mede relevant is voor de uitleg van dat bestanddeel. Het is juist vanwege deze gedachte dat het hiervoor beschreven temporele verband niet mag worden opgevat als causaal verband.

4. De Hoge Raad bevestigt de lijn die zich in de feitenrechtspraak reeds aftekende (maar overigens niet door alle feitenrechters werd gedeeld, zo blijkt ook uit het hier vernietigde arrest van het gerechtshof): ondergronds bankieren is niet per definitie hetzelfde als witwassen. Dat de Hoge Raad ook echt een grens wil markeren, mag wellicht worden afgeleid uit het feit dat de Hoge Raad in het reeds genoemde arrest van dezelfde datum (ECLI:NL:HR:2014:3044) – afgaande op de conclusie van A-G Bleichrodt in die zaak – in feite buiten het middel is omgegaan om dezelfde overwegingen te kunnen noteren als in het hierboven afgedrukte arrest. De kern van de boodschap is dat de strafbaarstelling van witwassen op velerlei wijze kan worden ingezet, maar dat niet iedere verboden handelwijze die met geld van doen heeft, witwassen mag of moet heten. Bij de opsporing en vervolging ter zake van ondergronds bankieren zal dus onderscheid moeten worden gemaakt tussen transacties ten aanzien van enerzijds legaal verkregen gelden en anderzijds illegaal verkregen gelden (en ook tussen gelden die voorwerp zijn van het ondergronds bankieren en gelden die met dat bankieren zijn verdiend). Interessant in dit verband is dat de bevindingen in het aangehaalde rapport van Kruisbergen e.a. (2012, p. 201) erop duiden dat onder-

grondse bankiers een gemengde klantenkring hebben: misdadigers en niet-misdadigers. 'Het is althans niet gebleken dat ondergrondse bankiers exclusief voor criminele samenwerkingsverbanden opereren', aldus de onderzoekers. Ook al is ondergronds bankieren op zichzelf strafbaar, bij de vervolging dient wel de juiste nuance te worden gehanteerd. Van witwassen is alleen sprake indien en voor zover wordt vastgesteld dat de ondergrondse bankier daadwerkelijk misdaadgeld – geld dat onmiddellijk of middellijk afkomstig is uit een eerder misdrijf – door zijn vingers heeft laten gaan.